SEÑOR PRESIDENTE.- Habiendo número, está abierta la sesión.

(Es la hora 14 y 41 minutos)

Dese cuenta de los asuntos entrados

(Se da de los siguientes:)

- "La Cámara de Representantes remite un proyecto de ley aprobado por el que se sustituye el artículo 211 de la Ley Nº 17.823, de 7 de setiembre, relativo a la integración del Consejo Nacional Consultivo Honorario de los Derechos del Niño y Adolescente de 7 de setiembre de 2004 (Código de la Niñez y la Adolescencia);

- la Junta Departamental de Maldonado remite una acusación al señor Intendente de Maldonado, Don Oscar de los Santos".

Recién comentaba a la señora Senadora Percovich que vamos a enviar una nota a la Junta Departamental solicitando que, a la brevedad, nos envíe todos los antecedentes vinculados al caso que obren en su poder.

SEÑOR KORZENIAK.- ¿No recibimos los antecedentes?

SEÑOR PRESIDENTE.- Algunos sí, señor Senador, pero no todos.

SEÑOR KORZENIAK.- ¿Por qué no citamos a los acusadores a comparecer ante la Comisión?

SEÑOR PRESIDENTE.- Primero debemos tener todos los antecedentes.

Dese cuenta de otros asuntos entrados.

(Se da de los siguientes:)

- "Dado lo avanzado del trámite parlamentario y ante la necesidad urgente de presentar documentación relacionada con el proyecto de ley a estudio, el Instituto Jurídico Cristiano solicita se le conceda una audiencia a los efectos de poder dar su opinión sobre el proyecto de ley de unión concubinaria.

- La Comisión de Seguimiento Carcelario invita a la Comisión de Constitución y Legislación a la reunión que se realizará el próximo jueves 6 de diciembre a la hora 14 y 30, en la Sala Doctora Paulina Luisi del edificio anexo, con motivo de recibir a la doctora Carmen Anthony".

Se repartirán entre los integrantes de la Comisión.

La Comisión de Constitución y Legislación tiene el gusto de recibir a los integrantes de la Comisión para el estudio de la reforma del Código del Proceso Penal. La delegación está integrada por el Presidente de la Comisión, doctor Dardo Preza, las doctoras Silvia Sturla y Beatriz Scapusio y el doctor Bernardino Real.

En el transcurso de los últimos días hicimos llegar a los integrantes de la Comisión el proyecto de ley aprobado por la Cámara de Representantes referido al procedimiento policial. Era de interés de los integrantes de esta Comisión conocer la opinión de los integrantes de la Comisión de Reforma del Código del Proceso Penal, atento a que podría existir alguna temática contenida en su órbita, que estuvieran estudiando. Por tal razón, no queríamos seguir adelante en el análisis de la iniciativa sin conocer la opinión de nuestros invitados.

Sólo resta darle la bienvenida a la delegación y ofrecerle la palabra para que se refieran al tema en cuestión.

SEÑOR PREZA.- Señor Presidente, señores Senadores: en nombre de la Comisión de Reforma del Código de Proceso Penal agradecemos esta amable recepción.

Vale recordar que, en su momento, la Comisión planteó a este Cuerpo la aspiración de formular algunas inquietudes con relación al tema que convoca al trabajo de la Comisión de Constitución y Legislación, es decir, a las modificaciones introducidas por la Cámara de Representantes al proyecto de ley de procedimiento policial.

La “minicomisión” que representa a la Comisión de Reforma ha decidido que el Doctor Bernardino Real exprese sucintamente cuál es la opinión de aquella a propósito de estas modificaciones.

SEÑOR REAL.- Adelanto que luego de algunas breves apreciaciones solicitaré que la Doctora Scapusio -que dentro de nuestra Comisión fue quien estudió y presentó una posición que finalmente fue aprobada por unanimidad- se refiera a este asunto.

En primera instancia, deseo reseñar por qué, con anterioridad a la solicitud de la Comisión de Constitución y Legislación del Senado, la Comisión de Reforma había tratado este tema. Como ustedes saben, en nuestro país los Códigos de Procedimiento Penal siempre habían dejado fuera de su regulación a la actividad policial, lo que había llevado, en general, a que ésta quedara huérfana de una regulación precisa. Probablemente esa haya sido la razón por la que el Parlamento aprobó esta ley de procedimiento policial.

Como el marco regulatorio votado por la Cámara de Representantes que tenía una sanción previa de parte del Senado- contiene algunas normas que guardan relación directa con las formas de procedimiento del proceso penal, la Comisión se sintió obligada a estudiar el tema y, también, a tomar posición. Tengamos en cuenta que en el trabajo que viene realizando, en su momento iba a verse obligada a tratar algunos de los temas que prevé esta ley en ciernes. En definitiva, esta es la razón por la cual la Comisión, por unanimidad luego de recibir el informe de la Doctora Scapusio- ha tomado posición. Sabemos, de alguna manera, que estamos en desventaja en tanto nuestra postura es especialmente crítica respecto de algunas disposiciones que el Senado ha aprobado. Es así que valoramos especialmente la honestidad intelectual y el espacio que nos brindan a los efectos de que podamos dar nuestra opinión.

Tal como adelanté, si el señor Presidente lo autoriza, la doctora Scapusio expondrá a propósito de las razones estrictamente jurídicas que sustentan nuestra posición. Al respecto, cabe advertir que la Comisión tiene claro que hay cuestiones en las que no debe inmiscuirse, ya sean de índole de política criminal o vinculadas a las relaciones institucionales con la Policía y a su forma de actuación, en tanto no rozan lo que podríamos llamar el proceso penal. Sin embargo, hay otras normas que a nuestro juicio sí guardan relación directa, y por tal motivo deseamos aclarar cuál es nuestro punto de vista a este respecto.

SEÑORA SCAPUSIO.- Los puntos de estricto carácter jurídico que la Comisión entendió que eran ríspidos -por decirlo de alguna manera- tienen que ver, esencialmente -más allá de algunas normas sobre temas puntuales, que responden a un problema de técnica legislativa más que a otra cosa- con los artículos 47 y 48, referidos a la detención sin orden judicial.

Los artículos que van del 124 al 126, y el 134 y 136 del proyecto de la Cámara de Representantes tienen que ver con el ingreso a la morada: sin orden judicial, en algunos casos; en horas de la noche, en otros; o sin autorización del jefe del hogar; inclusive, se prevé expresamente la posibilidad de que si en el hogar no hay nadie o solamente hay menores de edad, la policía pueda ingresar dentro de un ámbito de discrecionalidad, lo que nos parece violatorio del artículo11 de la Constitución.

En cuanto a la detención en averiguaciones, honestamente, la Comisión quedó un poco sorprendida porque, a nuestro modo de pensar, el Decreto Nº 109 de 2005 había derogado -saludablemente- el Decreto 690 de 1980. En aquel momento, todos los operadores del sistema lo criticamos porque lo considerábamos ilegal e inconstitucional, por ser contrario al Código Penal que nos regía, y ahora se le da fuerza de ley a estos dos artículos del Decreto 690, y con un agravante: mientras el artículo 2º de este Decreto decía "La policía podrá detener", ahora, con rango de ley se dice "La policía deberá detener". Esto se da fuera de todos los casos previstos en el artículo 15 de la Constitución y en los casos de flagrancia propia, impropia o con orden escrita del Juez competente; y obvio es que la detención debe proceder. Además, ahora se prevé la detención de toda persona que pudiera estar presuntamente implicada en un delito -y dice expresamente "presuntamente implicado"- o que no tuviera un documento o cédula de identidad en su poder o la tuviera en condiciones irregulares. Creo que lo que tenemos que aclarar aquí es que esta detención se produce sin que se haya cometido delito, sin orden escrita del Juez y sin su conocimiento. Según el artículo 6º, el Juez debe enterarse dentro de las dos horas de producida la detención, pero no especifica a partir de qué momento empiezan a contar las dos horas.

Se agrega en los artículos que van del 75 al 78, la posibilidad de incomunicación -reitero, sin orden judicial- no sólo de las personas presuntamente implicadas en delito, sino que también se prevé la incomunicación de la víctima, de los testigos, y de cualquier persona que puede aportar alguna información útil. Y realmente, hasta donde conocemos, la incomunicación supone una detención previa. No entendemos cómo se puede incomunicar a una persona sin detenerla previamente. Con esto quiero decir que se va más allá del derogado Decreto 690 de 1980.

Esto trae como colación la autorización a la policía para llevar un registro de personas vinculadas a un hecho delictivo; un registro secreto, cuyo contenido solamente puede ser revelable por el Juez que entienda en los procedimientos y por decisión fundada.

Con respecto al allanamiento -otro tema que nos parece que ataca directamente el artículo 11 de la Constitución- se establece la posibilidad de detener a una persona dentro de un ámbito de enorme discrecionalidad, ya que la policía la puede detener por sí y ante sí cuando entienda que hay una situación excepcional -no se establece cuál es la situación excepcional- y se permite el ingreso al hogar en horas de la noche, sin autorización del jefe del hogar y sin orden judicial.

La lectura contextual del proyecto nos permite visualizar que la policía tiene la obligación de detener a las personas que estén dentro del hogar allanado, aunque no estén cometiendo delito. Nosotros poníamos como ejemplo situaciones imaginarias, como la de una discusión de pareja o familiar; ello implicaría la detención, una vez que se ingresó al hogar, de todas las personas que estén en él. El único límite sería la incautación de bienes, para lo que sí se necesita autorización judicial.

Los artículos referidos al ingreso al hogar establecen que la policía estará amparada por la causa de incumplimiento de la ley. Como decía el doctor Real, estamos elaborando un proyecto de Código en el que la policía va a tener que trabajar codo a codo con los operadores del sistema. El último artículo de este proyecto dice expresamente que se derogan todas las normas que se opongan a lo dispuesto en la presente ley. En ese caso, estamos derogando las normas del Código de Procedimiento Penal, del Código de la Niñez y la Adolescencia, de la ley que ratificó el Pacto de San José de Costa Rica -Ley Nº 15.737- y de la ley que ratificó la Declaración de los Derechos Humanos,

que también se violan. De modo que esto, además de ser violatorio de la Constitución -disculpe el doctor por el atrevimiento, porque usted es el constitucionalista- creemos que lo es también respecto de los tratados internacionales ratificados por la República.

Esta es la preocupación que motivó nuestro pedido de audiencia, en su momento, en la Cámara de Representantes.

SEÑOR PREZA.- Señor Presidente y señores Legisladores: hace ya más de un año que venimos trabajando en el seno de esta Comisión, con el firme propósito de elaborar un producto, un anteproyecto, que obviamente -como lo destacaba muy bien el doctor Bernardino Real- quedará sometido al juicio de los representantes del soberano. Eso nos consta y nos lleva a trabajar con entusiasmo en el seno de la Comisión para que nuestro Código del Proceso Penal no ocupe hoy un plano verdaderamente lamentable, preocupante, si lo comparamos con la realidad imperante en toda América Latina. Creo que nuestra ubicación institucional con relación al Código, se encuentra muy cerca de lo que es el Código de Haití. Los demás Códigos en América Latina han contemplado, de una u otra manera, las tendencias vigentes, contemporáneas, y las recomendaciones de la dogmática penal en todo el mundo.

Simplemente quiero señalar a los señores Legisladores que después de estar durante un largo período abocado a la materia penal en condición de Magistrado, vengo sintiendo que el futuro del Derecho Penal en el mundo pasa por el constitucionalismo penal. Además, tiene que ver con que cada vez nos acerquemos más a la realización de los principios que están en la Carta constitucional. Por tanto, en la medida en que nos alejemos de esos principios, estaremos creando las condicionantes para que el Derecho Penal siga siendo una respuesta bastante lamentable, desde un enfoque eminentemente represivo. Creo que ésa es la idea.

Finalmente, quiero manifestar que hace ya varios años, cuando fui convocado a una reunión técnica sobre la problemática de la droga -llevada a cabo en la Presidencia de la República creo que durante el Gobierno del doctor Sanguinetti- hubo un Juez Federal argentino que criticó duramente nuestra norma constitucional por el artículo 11, referido al sagrado inviolable. Y como yo creo que la idea del sagrado inviolable del domicilio forma parte de un elenco garantista que no debe ser mancillado en ningún momento, salí en la defensa encendida de esa norma constitucional. Tal como lo señalaba la doctora Scapusio, pienso que no hay razones para que, a través de una norma legal, se pueda establecer alguna vía o entrada para violaciones de ese sagrado inviolable. Considero que, si se da una situación excepcional en la que esté en juego la vida o la integridad física de una persona y por eso sea llamada la policía, el Juez que se precie de tal podrá amparar a aquel funcionario que entrare en condiciones excepcionales a la morada para salvar una vida o proteger la integridad física en situación de riesgo notable, en flagrancia delictual. Creo que ningún Juez que se precie de tal podría hacer un enjuiciamiento penal de ese funcionario.

Es por eso que en la Comisión consideramos que ese tipo de previsión legal autorizante no se justifica, y que lo más importante es aplicar los principios que están en la Constitución nacional.

SEÑOR KORZENIAK.- Todos los que están acá saben que yo interpreto que cuando asisten a la Comisión personas a asesorarnos, lo que debemos hacer es escuchar e ilustrarnos, y que no es la oportunidad para realizar un debate, ni entre los miembros de la Comisión ni con los invitados. De cualquier manera, quiero hacer solamente una pregunta, que no tiene más alcance que lo concreto de la misma. Supongamos que hay un incendio en el cuarto piso de un edificio de apartamentos y un vecino grita por el balcón que se está quemando tal apartamento. Si los bomberos están allí y empiezan a llamar a un Juez pero éste demora, ¿entran o no? Se me ha dado una respuesta casi anticipada en el sentido de que debe entrar, porque después ningún Juez lo va a procesar. De todas maneras, pregunto: en el momento que está entrando, ¿está violando el artículo 11 de la Constitución, o no lo está haciendo en esa situación?

SEÑOR PREZA.- Sin perjuicio de que el ejemplo que plantea el Senador Korzeniak es elocuentísimo y pretende trasmitir la idea a la que nosotros intentamos referir antes, me pide una intervención sobre este tema mi compañero de la Comisión el doctor Real.

SEÑOR REAL.- Creo que la respuesta de nuestra parte es unánime: ese bombero estará legitimado para hacerlo; y si se pretendiera que con su conducta se incurre en alguna figura delictiva, estaríamos claramente ante un estado de necesidad, causa de justificación que eliminaría la antijuridicidad de la conducta. Además, el cumplimiento de la ley sería otra causa de justificación que operaría igual.

Entonces, cuando el doctor Preza manifiesta que ningún Juez dejaría de amparar a ese funcionario, quiere significar que ello sería así en la medida en que se dispone de instrumentos legales para poder hacerlo; es decir que no sería sólo una cuestión de sentido común o de sensatez lo que inspiraría a un Juez a tomar esa decisión, sino que habría normas claras que lo llevarían a adoptar ese tipo de medida.

SEÑOR BRECCIA.- La verdad es que me gustaría tener total claridad con respecto a este punto. No soy penalista, sino simplemente un modesto estudioso del Derecho, y con absoluta franqueza digo que, lamentablemente, uno cada vez tiene menos tiempo para dedicarse al estudio. Por eso mismo, es buena cosa que quienes aquí se encuentran, que están totalmente abocados a la materia de que se trata, puedan ayudarnos a razonar.

Con relación a los artículos 134 y 136, mencionados por la doctora Scapusio -aunque no sé si es exacta la numeración, puesto que ahora estamos con el problema de las renumeraciones- señalo lo siguiente. En el seno de la Bancada se planteó el tema del ingreso a morada en casos de extrema necesidad y, por mi parte, debo decir que a partir de lo que aquí ha sido manifestado por la doctora Scapusio y los doctores Preza y Real, no veo -lo digo con toda franqueza- que la redacción del artículo violente el artículo 11 de la Constitución de la República, aunque obviamente, la experiencia nos indica que toda norma legal puede admitir otra sintonía fina o una mayor precisión. Pero, sinceramente, debo decir que no veo que se esté violentando lo que se establece en el mencionado artículo de nuestra Carta Magna. Incluso las hipótesis que aquí han sido planteadas, referidas a casos de necesidad de cumplimiento de la ley, están contempladas y explicitadas como tales en esta norma.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que quizás exista un problema de falta de inteligencia o falta de entendimiento, pido que se explique en qué medida estas disposiciones contravienen lo dispuesto en el artículo 11 de la Constitución de la República, pues sinceramente -lo reitero- no logro ver que ello suceda; incluso, hay una referencia expresa a la citada disposición.

Aclaro que la norma en cuestión es el artículo 124, que expresa: “Entre la salida y la puesta del sol, solamente se podrá ingresar a una morada con orden escrita del Juez competente”. Esto es correcto y es lo que sucede hoy. Luego el texto continúa diciendo: “En horas de la noche, se requiere el consentimiento de la persona adulta jefe o jefa de hogar (artículo 11 de la Constitución de la República)”, etcétera. Francamente, no veo dónde está la violación, la infracción o agresión de la disposición pertinente.

SEÑOR PREZA.- Señor Presidente: las soluciones legales siempre dan lugar a interpretaciones desde la óptica de un intérprete de la ley, siendo el Juez el intérprete auténtico.

Ahora bien; en situaciones como la que señalaba el señor Senador Korzeniak, u otra que también fue señalada en todo este proceso de discusión del tema, como es el caso de una señora víctima de violencia doméstica que está siendo castigada, por lo que los propios vecinos llaman a la policía, siendo evidente, por la fuerza de las circunstancias, que ésta debe tirar la puerta abajo para salvar una vida, la intervención policial nos parece incuestionable, y el amparo ya no es la norma legal, sino el sistema constitucional, el sistema de garantías que establece la Constitución; eso es -insisto- lo que va a respaldar la actuación de ese funcionario.

Hablando a título personal, digo que está bien establecer lineamientos firmes y seguros respecto a la actuación policial, pues desde la propia policía se reclama que existan reglas de juego bien definidas, claras y firmes. Creemos que eso es compartible. Ahora bien, en el seno de la Comisión no encontramos razones valederas como para que, luego de una postura muy definida tendiente a erradicar la detención por averiguación, con todo lo que ello significa -que, entre otras cosas, ambienta las razzias, cosa que fue tan cuestionada en su momento- se pueda cumplir con lo que se reclama.

La otra situación de verdadera fricción y preocupación es la que tiene que ver con la necesidad de que exista una previsión legal autorizante para ingresar a ese sagrado inviolable que es el domicilio. Esta es mi opinión sobre el particular, sin perjuicio de que mi colega, que ha estudiado en profundidad el tema -y fue informante de esta situación en el seno de la Comisión y en el Instituto de Derecho Penal- quizá pueda ser más explícita.

SEÑORA SCAPUSIO.- En primer lugar, quiero decir que el artículo 124 establece el principio general. Ahora bien, más allá de que el artículo 11 de la Constitución de la República prevé que el hogar es un sagrado inviolable, en el que de noche nadie podrá entrar sin consentimiento de su jefe, y de día sólo con orden expresa de Juez competente, por escrito y en los casos determinados por la ley, los ejemplos citados tanto por el señor Senador Korzeniak como por el doctor Preza refieren, en un caso, a un delito flagrante, y en otro, a un incendio, donde obviamente no existe delito. El caso de violencia doméstica -que citó el doctor Preza- es un delito flagrante.

A los integrantes de la Comisión nos pareció que no existe la dicotomía seguridad ciudadana - garantías, sino que ambas nociones deben ir juntas. Establecer un ámbito de discrecionalidad tan enorme para la policía -hablando de circunstancias excepcionales que, como dice el señor Senador, no están detalladas- es de una vaguedad tal, que no se ajusta a lo que ocurre tanto en el Derecho Procesal como en el Derecho Penal, en donde, por los principios de legalidad estricta y de seguridad jurídica -cuando se establece un tipo penal o se determina un trámite procesal- se acota la redacción de la norma a los efectos de crear un principio de seguridad jurídica. Las posibilidades de excepcionalidad son tan ambiguas que, inclusive, en el último inciso, además de decir que está amparado por una causa de justificación -la del cumplimiento de la ley, del artículo 28 del Código Penal- se expresa que de todo ello se dará cuenta al Juez competente dentro de los plazos que establece el artículo 6º, es decir, dos horas. Además, esto tiene la agravante que mencioné anteriormente, que es que se debe incomunicar a la víctima de violencia doméstica y al presunto imputado.

En el Código Penal existen normas que establecen delitos perseguibles a instancia de parte. Entonces, me planteo la siguiente situación: si una persona está lesionando a otra, como el delito sólo es perseguido a instancia de parte, si se procede a detener a la víctima y al indagado y se da cuenta al Juez, las dos personas son detenidas durante dos horas en forma indebida, porque el delito de lesiones, reitero, solamente se persigue a instancia de parte.

Creo que esos casos de excepcionalidad -como los del incendio o cuando se comete un delito flagrante- son tan claros que no necesitan ser plasmados en una ley, porque si apelamos a la defensa o a la búsqueda de la seguridad ciudadana -principio que compartimos todos en forma unánime- estamos cercenando garantías de todos los habitantes de la República.

SEÑORA PERCOVICH.- Con la última intervención de la doctora Scapusio me quedó un poco más claro lo que refiere a las objeciones.

Creo entender que lo que se está planteando es que no sería necesario definir lo que establece el actual artículo 125 -anterior 124- que alude a las facultades de la orden de allanamiento. Este artículo, de todas maneras, remite a lo dispuesto en el artículo 6º, que es donde se fija la obligatoriedad de la comunicación al Juez.

A mi juicio, cuando se habla del ingreso a la morada en caso de extrema necesidad, se limitan claramente las condiciones. Se alude a razones de interés general -artículo 7º de la Constitución de la República- configurada la hipótesis de extrema necesidad, detallándose los extremos, como por ejemplo la existencia de un peligro cierto, grave e inminente respecto de los ocupantes, la imposibilidad de evitarlo, la única finalidad, etcétera. Ahora bien; aún con todas estas definiciones, que no son vagas sino bastante delimitadas -porque en caso de extrema necesidad no definido, la situación queda a la discrecionalidad del Juez- ¿opinan que no están dadas las suficientes garantías? ¿Prefieren que esto no quede establecido para un cumplimiento claro en caso de que tenga que actuar la policía? Reitero: ¿consideran más conveniente que sea una definición del Juez?

SEÑORA SCAPUSIO.- No sé si a los señores integrantes de esta Comisión les ha quedado clara nuestra inquietud acerca de las facultades del allanamiento, las que fueron enumeradas por la señora Senadora Percovich. Me refiero más precisamente al deber de conducir a las dependencias policiales a las personas presuntamente involucradas. Nos resulta por demás preocupante el actual artículo 126 -que creo antes era el 125- que alude al allanamiento sin presencia de personas mayores de edad o en ausencia de moradores en horas nocturnas. Se trata de una disposición que nos llamó profundamente la atención, porque autoriza el allanamiento aún en ausencia total de sus moradores, o aunque haya menores de edad. Contextualmente, las facultades de la orden de allanamiento implicarían conducir a dependencias policiales a las personas que estén ocupando la casa, por lo que, si se trata de menores, habría que llevarlos a la Comisaría de Menores. Este es uno de los motivos por los cuales decimos que se violaría también el Código de la Niñez y la Adolescencia.

SEÑOR KORZENIAK.- Quiero formular dos supuestos e, insito, pregunto, nada más.

Aquí se ha hecho referencia al artículo 125 y al allanamiento sin presencia de personas mayores de edad o en ausencia de moradores. Este artículo dice: "Si el Juez ordena el allanamiento en una vivienda y no se encuentran personas mayores de edad en la misma o en caso de ausencia total de sus moradores, la diligencia se realizará por el personal superior a cargo del servicio. En todo caso se dejará constancia en acta de lo actuado con la firma de dos testigos, disponiéndose de un cerrajero para las diligencias del caso cuya actuación quedará documentada en el acta. En todo caso se elevará informe circunstanciado al Juez competente". Debido a mi ignorancia con respecto al Derecho Penal, quisiera saber qué ocurre si hoy en día un Juez expide una orden escrita de allanamiento y la policía determina que si la casa está cerrada se lleve a un cerrajero. Concretamente, ¿el allanamiento se realiza aunque no haya personas mayores en la vivienda? Pregunto esto porque no lo sé, aunque tengo entendido que el allanamiento en ese caso sí se realiza.

SEÑOR PREZA.- Señor Senador Korzeniak: me he desempeñado como Juez en Primera Instancia en materia Penal y nunca se me dio una situación de ese tipo, en la que la policía me pidiera una orden de allanamiento de un lugar, de un domicilio, donde circunstancialmente hubiera sólo niños. Realmente no recuerdo un caso así; a veces se puede pedir una orden de allanamiento de un depósito porque se tiene la sospecha de que allí hay mercadería de contrabando, estupefacientes o cualquier otra situación ilícita. Pero el caso que menciona el señor Senador Korzeniak, realmente, nunca se me planteó.

Simplemente he querido mencionar a los señores Senadores un dato de mi experiencia como Magistrado.

SEÑOR KORZENIAK.- Si hoy, cuando todavía no ha entrado en vigencia la reforma del Código, a un Juez le piden una orden de allanamiento y él la otorga -se supone que el Juez examina los fundamentos del pedido formulado- y en el momento en que se va a cumplir la orden de allanamiento no hay gente en la vivienda, ¿el allanamiento se hace o no? Aclaro que no estoy presumiendo que el pedido se haya hecho diciendo que en la vivienda sólo hay menores de edad o no hay nadie, sino simplemente porque, por ejemplo, en la casa en cuestión la policía ha descubierto que existen setenta kilos de oro robado. En ese caso, reitero la pregunta: ¿se hace o no el allanamiento? Repito que pregunto esto porque se trata de algo que desconozco y que no creo que haya ocurrido muchas veces.

SEÑOR PREZA.- Con total convicción quiero decir que en una situación como la que el señor Senador plantea, si la policía le da al Juez las razones por las cuales quiere que se extienda la orden de allanamiento y el Magistrado accede, no hay problema para que el allanamiento se cumpla en caso de que no haya personas en la vivienda; en ese caso, simplemente habrá que requerir la presencia de testigos.

Pero lo que prevé este artículo y lo que destaca la doctora Scapusio tiene que ver con una situación clara en la que se sabe que sólo hay menores de edad en la vivienda. Por consiguiente, creo que la situación cambia, porque allí hay personas, menores, pero en definitiva se trata de personas. Entonces, en ese caso, el Juez Penal debería dar intervención al Juez competente, que es el Juez del menor infractor, del adolescente y no el de la órbita Penal. No debería ser el Juez Penal quien

directamente accediera al pedido de una orden de allanamiento en esas condiciones. Esta es la consideración que me surge a primera vista.

SEÑORA PERCOVICH.- Pido disculpas al doctor Preza por insistir en esta consulta, pero realmente desconozco la materia. En estos momentos, lamentablemente, estamos viendo casos -seguramente nuestros invitados saben que se registran cada vez más- de niños que quedan solos, encerrados en sus casas. Incluso, hemos tenido que elaborar un artículo especial de modificación del Código de la Niñez y la Adolescencia para que el sistema de salud atienda a los niños que están solos en sus casas, es decir, sin la compañía de mayores de edad. Hoy esas situaciones se multiplican y, en definitiva, notamos que había una omisión de asistencia. También puede suceder que los vecinos o la propia Policía, porque es la que recibe la denuncia, sepan que hay niños atados, maltratados, o que están solos en la casa. Entonces, cuando el Juez recibe esa denuncia, ¿no puede autorizar el ingreso, con más razón, si esos niños están solos?

SEÑOR PREZA.- Sin ninguna vacilación digo que si yo fuera el Juez y estuviera ante una situación de esa naturaleza, me constituiría en el lugar. Creo que son casos que no se pueden derivar a la Policía diciendo "Vaya y haga un allanamiento", como podría hacerse en un depósito con mercadería ilícita. En ese caso, el Juez competente -que debería ser el Juez del menor infractor o del adolescente- tendría que constituirse en el lugar.

SEÑOR KORZENIAK.- Por lo que escuché, la Comisión interpreta que este artículo está previsto para casos en que se piden allanamientos en lugares donde hay menores o donde no se encuentra el jefe de hogar; entiendo que la respuesta va por ese camino. Por mi ignorancia en Derecho Penal, debo decir que de la lectura de este artículo no se desprende nada de eso. Siguiendo el ejemplo que mencionaba, de lo que trata es de que si se pide un allanamiento, por las razones que sea, y el Juez considera que debe dar una orden escrita para ingresar a un hogar -artículo 11 de la Constitución de la República- y la da, se cumple con ese allanamiento; pero si no hay nadie o hay menores, la pregunta es si se realiza o no el allanamiento. Creo que eso es lo que dice el artículo y por eso mi pregunta.

SEÑOR PREZA.- Una de las cosas que creo todos debemos tener presente es cómo se va a aplicar este tipo de instrumentos legales, a pesar de su generalidad, en ámbitos muy definidos de la sociedad. He llegado a ver casos que surgen del relato del memorando policial, en lo que, por ejemplo, en un cantegril no se respeta jamás la inviolabilidad domiciliaria porque como puerta de la vivienda oficia un cartón o una cortina. En esas circunstancias la policía ingresa y el sagrado inviolable se viene al suelo. Por tanto, creo que tenemos que ser muy cautelosos al momento de otorgar a la policía instrumentos legales que, en los hechos, habilitan -me consta que no es el espíritu de los señores Legisladores- la existencia de situaciones verdaderamente arbitrarias. Eso es lo que no deberíamos ambientar.

SEÑOR BRECCIA.- Quisiera hacer una salvedad. He sido y aún soy un profesional en ejercicio, y las escasas veces que me ha tocado patrocinar asuntos penales pude constatar la preocupación de los defensores -en ese caso me comprenden las generales de la ley- y de muchísimos Jueces porque existan las garantías del debido proceso de los detenidos, etcétera, etcétera. Esto lo digo en reconocimiento pleno de la tarea de la Comisión, porque sé que la finalidad de ustedes es armar un Código del Proceso Penal lo más eficiente posible, resguardando todas las garantías de la persona y del proceso. Esa era la salvedad que quería realizar en reconocimiento de los integrantes de la Comisión que está llevando adelante esa tarea.

Con respecto al artículo 125, quiero afirmar enfáticamente que prevé una hipótesis en la cual el Juez, con todos los elementos a la vista, libra una orden de allanamiento y, circunstancialmente, cuando se llega al domicilio -obviamente, hasta por una razón lógica esa orden está diferida en el tiempo, ya que entre el libramiento y su realización transcurre aunque sea media hora o cuarenta y cinco minutos- la policía se encuentra, no con una morada sin habitantes -lo que no sería dramático, porque se haría la diligencia con el auxilio de un cerrajero y la fuerza pública, como en cualquier procedimiento civil- sino con niños o menores de edad. Creo que la interpretación de este artículo es exactamente a la inversa de la que se ha vertido acá por parte de la Comisión para la Reforma del Código del Proceso Penal porque, justamente, lo que se está buscando es garantizar la situación de esos menores en este tipo de situaciones. Para ello, claramente se expresan las distintas circunstancias que deberán cumplirse a los efectos de garantizar la salvaguarda de esos menores.

Obviamente, en caso de que haya menores deberá actuar el Juez competente en la materia, esto es, el Juez de menores.

Repito que, reconociendo las mejores intenciones de los integrantes de esta Comisión para la Reforma del Código del Proceso Penal, creo que en este artículo, particularmente, están previstas las garantías que ellos, siendo absolutamente coherentes con sus antecedentes personales, pretenden en lo que tiene que ver con la actuación legal.

SEÑORA STURLA.- Siempre estuvimos estudiando este tema, como se dijo, con mentalidad "garantista". Entendemos que el Código del Procedimiento Penal debe cambiar, puesto que, como lo señaló nuestro Presidente, somos un ejemplo lamentable en América; por ende, queremos avanzar, aunque admito que quizás tengamos demasiado puesta la camiseta del "garantismo".

Entendemos que este artículo 125 hay que leerlo vinculado al artículo 123. Si bien en el poco tiempo de que disponemos no podemos ser tan explícitos como quisiéramos o como lo fuimos cuando pasamos días estudiando y discutiendo palabra por palabra, vamos a tratar de seguir el razonamiento.

En el artículo 123 -que en el texto modificado por la Cámara de Representantes pasa a ser 124- que refiere al Principio general, se expresa lo siguiente: "Entre la salida y la puesta del sol, solamente se podrá ingresar a una morada con orden escrita del Juez competente. En horas de la noche, se requiere" -además de la orden judicial- "el consentimiento de la persona adulta jefe o jefa de hogar (artículo 11 de la Constitución de la República)".

SEÑOR BRECCIA.- Eso fue cambiado en la Cámara de Representantes.

SEÑOR KORZENIAK.- Y me parece muy bien.

(Dialogados)

SEÑORA STURLA.- Independientemente de eso, sin orden judicial, en horas nocturnas se necesita la autorización del jefe o jefa de hogar. Pero, en el artículo 125, que no habla de horas nocturnas o diurnas, nosotros tenemos que interpretar que es para las veinticuatro horas del día. Esta es una interpretación amplia, porque el texto no lo dice.

(Interrupción del señor Senador Korzeniak)

Entonces, si no se dice, por qué la policía lo va a interpretar de otra manera sabiendo que …

(Interrupción del señor Senador Korzeniak)

Sí, pero no lo establece. Tal vez ahí necesitaríamos ajustar más la redacción, porque es la policía la que va a ejecutar la ley y la que va a trabajar con ella. Creo que tenemos que ser estrictos en este aspecto.

SEÑOR KORZENIAK.- Pero en este artículo estamos hablando de que es con orden del Juez.

SEÑORA STURLA.- Sí, pero qué pasa si no hay orden del Juez y sólo se está a disposición de la policía.

SEÑOR KORZENIAK.- Pero este artículo requiere orden del Juez, ¿no?

SEÑORA STURLA.- Vuelvo a insistir en que en este artículo no se dice si es en horas del día o de la noche. Entonces, también tenemos que interpretar esta situación.

SEÑOR PRESIDENTE.- En primer lugar, quiero señalar que nunca fui partidario de poner título a los artículos -en un Código puede ser necesario, pero no en una ley- porque muchas veces se da una suerte de divorcio o no hay una correspondencia absoluta entre el título del artículo y su contenido. Creo que este es uno de los problemas que tenemos en esta circunstancia.

En segundo término, quiero decir que me parece claro que el artículo 124 reglamenta un principio general recogido por la Constitución de la República, en función del que, en horas de la noche, solamente se puede ingresar a un hogar con el consentimiento del jefe o jefa de hogar. Si ese es el primer artículo de la Sección correspondiente, se supone que todos los que forman parte de ella se inspiran en él.

En consecuencia, el actual artículo 126 parte de la base de que el Juez ordena el allanamiento -no obliga a hacerlo, porque dice "Si el Juez ordena el allanamiento"- en horas que no son las de la noche, pues de otra manera no puede hacerlo. La única duda que me puede surgir de la aplicación correcta de esta norma es el inciso final del primer artículo de esta Sección, cuando dice: "sin perjuicio de la comunicación inmediata al Juez competente, de acuerdo con lo establecido por el artículo 6º de esta ley". Si esa expresión "sin perjuicio" significa que se podría hacer sin consentimiento del jefe de familia, y sólo con autorización judicial, de acuerdo con lo que establece el artículo 6º, hay que….

(Dialogados)

-Pido que se eviten los dialogados y se respete el orden, porque de lo contrario se dificulta la toma de la versión taquigráfica.

SEÑORA SCAPUSIO.- El tema es que el agregado que se introdujo en la Cámara de Representantes se contradice con el texto anterior. En el artículo se dice: "En horas de la noche, se requiere el consentimiento de la persona adulta jefe o jefa de hogar". De acuerdo con el texto, como principio general, durante el día se requiere orden escrita del Juez competente, pero no en horas de la noche.

(Interrupción del señor Senador Breccia)

SEÑOR PRESIDENTE.- No sólo no se necesita, sino que tampoco es válida; ni siquiera se puede ingresar con orden del Juez competente.

SEÑORA SCAPUSIO.- Hay que ver qué pasa si se allana un domicilio sin orden judicial ni autorización del jefe de hogar.

SEÑOR PRESIDENTE.- Se viola la Constitución.

SEÑORA STURLA.- Entonces, tratemos de que no se viole.

(Dialogados)

SEÑOR PRESIDENTE.- El señor Senador Korzeniak había dicho, con parte de razón -porque a veces se dan estos dialogados- que si finalmente terminamos discutiendo con nuestros invitados, esto se hace absolutamente interminable; de todas maneras, creo que en este caso estamos buscando iluminar una interpretación correcta.

SEÑOR KORZENIAK.- Quiero decir que me mantengo rígidamente en el principio de que en las Comisiones hay que escuchar, ilustrarse, preguntar y nada más. Lo que ocurre es que acá el señor Presidente ha hecho una especie de interpretación, por lo que yo, sin ánimo de discutir, quiero hacer un relato acerca de por qué fue modificado el artículo 124 en la Cámara de Representantes.

Con respecto al artículo original y al texto que se aprobó en el Senado, varias veces dejé constancia de que en horas de la noche no se puede ingresar a un domicilio sin consentimiento del jefe

de hogar, sin perjuicio de la cantidad enorme de problemas que trae consigo ese artículo, que no es para nada claro, al margen de la falta de elegancia que se advierte al decir “es un sagrado inviolable”, que creo es un disparate gramatical. Por ejemplo, en el caso de un matrimonio, la señora puede decir “Pase” y el señor quizás manifieste “No quiero que entre nadie”. Dejando de lado eso, lo que está clarísimo en el artículo -y hasta ahora nadie lo había discutido por inconstitucional- es que si de noche hay consentimiento del jefe del hogar, no se necesita orden judicial. Sin embargo, de acuerdo con el proyecto que se aprobó en el Senado, de noche también se requería orden judicial. La trascripción de la Constitución que hace el actual artículo 124 -me refiero al proyecto de ley que vino de la Cámara de Representantes- a mi juicio aclara el tema, porque establece que “En horas de la noche, se requiere el consentimiento de la persona adulta jefe de hogar” -que es lo que dice la Constitución- pero agrega una garantía que la Carta no pide cuando expresa: “sin perjuicio de la comunicación inmediata al Juez competente,”. Pienso que la Cámara de Representantes estuvo más ajustada a la Constitución que la Cámara de Senadores, porque aquí se establecían los dos requisitos. Insisto en el hecho de que la Constitución no exige los dos requisitos. Ahora, también hay que ser claros en que nada impide que un Juez pueda, en ciertos casos, ordenar un allanamiento nocturno y que se den los dos requisitos: que el jefe de hogar esté de acuerdo y que, además, el Juez libre una orden. Creo que eso es lo que modificaron y lo digo sin ánimo de contraponer ninguna interpretación.

SEÑOR SANGUINETTI.- El hecho de que la Constitución no lo demande, no quiere decir que la ley esté impedida de requerirlo como una garantía más. Estamos hablando de dos garantías: que haya una orden de allanamiento y, además, que haya consentimiento. Todos sabemos que en la vida práctica no es lo mismo que un policía llegue en la noche con una orden de allanamiento, a que venga solo, golpee en el domicilio, y el jefe de hogar -que luego vamos a discutir largo rato quién es, porque tampoco es algo tan sencillo y aunque antes creíamos que estaba claro, ahora parece que no es así; en todo caso, sería un órgano colegiado- decida si lo deja entrar o no. Creo que es una garantía que se añadió deliberadamente y no me parece mal que así sea, porque estamos hablando de una calificación jurídica más prolija y precisa que hace a un Juez, y no de la decisión de un pobre señor al que tocan a su puerta a las tres de la mañana y no sabe si dejarlo pasar o no, sin saber qué le puede pasar si decide no dejarlo ingresar a su casa. La Constitución, como principio, está muy bien, pero la vida diaria no es tan sencilla. Creo que el texto original era más garantista y establecía algo que no está exigido por la Constitución, pero tampoco impedido.

SEÑOR PREZA.- Según interpreto el artículo 11 de la Constitución, un Juez en ningún momento y en ninguna circunstancia puede otorgar una orden de allanamiento en horas de la noche. Ese es el principio, como lo prevé la norma constitucional, salvo que el jefe de familia lo autorizare, aunque en los hechos, en un sector muy definido de la sociedad -que todos conocemos- esa autorización no la otorgaba el jefe de familia, pero en el parte policial se hacía figurar como que así había sido. El espíritu garantista que en su momento la Comisión y la Cámara de Senadores entendieron que significaba la posibilidad de que se exigiera que el Juez Penal competente otorgara la autorización para el allanamiento nocturno, a mi juicio crea una situación de riesgo. Hasta ahora, durante los ocho años en los que fui Juez Penal -en épocas donde no imperaba el garantismo- en ningún caso vislumbré la posibilidad de ordenar un allanamiento en horas de la noche, porque la norma constitucional me impedía actuar en esas circunstancias. No obstante ello, ante una situación límite como las que hemos señalado, -en que la policía deba intervenir para salvar una vida, o ante una situación de delito flagrante como puede ser un delito de lesiones- como Juez, aplicando los principios constitucionales, no hubiese dudado en amparar la actuación policial. Es por eso que, en lo personal, considero que no era necesario crear ese instituto a favor del Juez -aun desde el espíritu de la garantía, que me consta que está en la idea de los señores Senadores- ambientando la posibilidad de que otorgue una orden de allanamiento en horas de la noche. Confieso que, a mi juicio, no se trata de una garantía.

SEÑOR MICHELINI.- Dejemos de lado los casos excepcionales, como el que pueda originarse a partir de un tiroteo en el que una persona se encierra en una morada, lo que hace que la Policía deba buscar ingresar. En situaciones normales, ¿a un policía se le va a ocurrir ir a una casa a preguntar al jefe de familia si puede entrar? No. Indudablemente, no irá sin haberlo comunicado a su superior en la Comisaría. Entonces, ¿dejamos que los policías vayan a pedir permiso a los jefes de familia para ingresar a la morada por tal o cual razón, en virtud de una decisión de la policía -en el rango que corresponda- o hacemos que el policía sepa -esa es mi preocupación, en tanto se trata de un instructivo policial- que de ninguna manera puede ir por la noche a solicitar ingresar, porque hay una segunda condición referida a la necesidad de contar con una orden judicial? Ahí está el problema, es decir, dónde ubicamos esa autorización. Naturalmente, no quiero que los Jueces autoricen el ingreso a

las moradas por la noche, pero menos prefiero que lo hagan los Comisarios. Se trata de un mar complejo en el que la Constitución dice una cosa y los Legisladores queremos más garantías.

SEÑOR PREZA.- La intervención del señor Senador Michelini me reafirma en mi posición; justamente por eso es tan fructífero este cambio de ideas, en tanto nos ilumina a todos. En definitiva, recogiendo su planteo iría más lejos. La norma constitucional del artículo 11 no debería ambientar la posibilidad de que el jefe de familia autorizare el ingreso en horas de la noche, con lo cual el Legislador -que muchas veces reglamenta el espíritu de la Constitución- puede establecer una solución que signifique -con la redacción que entiendan más conveniente- que en los hechos el allanamiento nocturno no puede darse en ninguna circunstancia. Soy más radical en el enfoque y en la protección de eso que al señor Senador Korzeniak no le gusta, pero que a mi entender está en el concepto adentrado del ciudadano, y preconiza la importancia de las garantías constitucionales. Al señor Senador no le gusta el "sagrado inviolable", pero todos lo sentimos y sabemos lo que significa.

Tomando la inquietud del señor Senador Michelini, decía, yo iría más lejos; iría a que en la redacción quedara claramente establecido que en ninguna circunstancia, salvo en las excepcionalísimas que hemos mencionado, se puede violar el sagrado inviolable del domicilio en horas de la noche.

SEÑOR PRESIDENTE.- En el razonamiento que se viene realizando interpreto que en la parte final del artículo 124 del proyecto no se establece la autorización a priori del Juez, lo que se dice es que después de realizado el allanamiento y dentro del plazo de dos horas -establecido en el artículo 6º- hay que dar comunicación inmediata al Juez competente, no para su autorización, sino para que tome conocimiento de lo que se encuentra en oportunidad del allanamiento; por eso dice "sin perjuicio de la comunicación inmediata al Juez competente". Será competente el Juez de Menores si encuentran menores, y será competente otro, de acuerdo a las circunstancias que allí se den.

SEÑOR PREZA.- Cuando el señor Presidente interpretó el inciso quise hacer un comentario, pero la deliberación llevó a otros temas.

El actual Código del Proceso Penal, en una de sus normas, dice que cuando un Juez libra una orden de allanamiento -por supuesto, fuera de horas de la noche- la policía deberá informarle sobre los resultados de ese allanamiento. Es un requisito que está en el Código del Proceso Penal y que la policía debe cumplir. En esa línea de pensamiento es que interpreto la expresión jurídica que citó el señor Presidente. Me parece que eso ya está en el Código de Proceso Penal. En lo personal, siento que no es ninguna garantía que se ambiente la posibilidad de que la policía acceda al domicilio, en determinadas circunstancias, y después nos quedemos tranquilos porque se le informa al Juez.

SEÑOR KORZENIAK.- Me temo que fui oscuro cuando hice una crítica gramatical al artículo 11 de la Constitución. Por supuesto que estoy en absoluto acuerdo con que el hogar es sagrado e inviolable. Lo que sostengo es que desde el punto de vista gramatical no es un error, sino que es un disparate gramatical decir que es "un sagrado inviolable", porque las reglas de la gramática no las puede arreglar la Constitución. De ninguna manera he puesto en duda el carácter sagrado e inviolable que sanamente la Constitución le atribuye al hogar. A lo mejor me expliqué mal.

SEÑOR PREZA.- Ha quedado claro.

Una vez más deseo reiterar nuestro agradecimiento a todos los miembros de esta Comisión por habernos recibido y permitido expresar nuestras inquietudes, compartibles o no. Queremos dejar en sus manos un documento que tiene como título "Consideraciones acerca del proyecto de ley de procedimiento policial".

SEÑOR PRESIDENTE.- La Comisión agradece el trabajo que están realizando y el hecho de que hayan venido especialmente por este tema. Consideramos que no podemos soslayar el trabajo de la Comisión que ustedes integran, siguiendo adelante con este proyecto sin escucharlos previamente.

SEÑOR PREZA.- Ya que el señor Presidente hizo alusión al trabajo de la Comisión, quiero decir que todos los que estamos aquí, así como otros compañeros -la inmensa mayoría- queremos dejar sentado ante este ilustre Cuerpo legislativo que estamos en el ánimo de seguir trabajando con entusiasmo y con esfuerzo, porque lo hacemos en nombre de los más altos intereses de la Patria.

SEÑOR PRESIDENTE.- Se levanta la sesión.

(Así se hace. Es la hora 15 y 54 minutos)